

Las divergencias entre las escuelas jurídicas musulmanas en materia penal

Loubna El OUAZZANI CHAHDI

Los juristas musulmanes adoptan una clasificación particular de los tipos de delitos; en efecto, la clasificación adoptada en la mayoría de los tratados de fiqh atiende no a la esencia de la infracción sino al derecho protegido y la pena aplicada al delito.¹

Estos intereses son los derechos de Dios («Huquq Allah») (orden público islámico), los derechos o intereses de las personas («Huquq adamia») y por último los intereses de la sociedad. Es en función de esta distinción como la legislación islámica distingue tres categorías de delitos según los efectos inmediatos que tienen sobre el interés protegido. Los juristas musulmanes, partiendo de este criterio, dividen los delitos en tres categorías.²

La primera categoría: se compone de los delitos «Qisas», talión y «Diya» o composición pecuniaria, son delitos de sangre que perjudican a las personas, se distinguen de las otras, por ser una ofensa contra los derechos de las personas; la aplicación de sus penas talión («qisas») o composición pecuniaria («diya») depende de la voluntad de las personas interesadas (lesionadas). Por lo tanto, pertenece únicamente a la víctima o su representante («Wali a dam») reivindicar la aplicación de la pena o perdonar al culpable. El objetivo esencial de las penas aplicadas a estos delitos es la prevención general y la satisfacción de la víctima o de su vengador para poner fin al conflicto entre el criminal y la parte perjudicada; las penas que castigan estos delitos de sangre son, por un lado, el talión, que es la pena del homicidio y heridas, golpes intencionados. Por otro lado, la composición pecuniaria, que es la pena del homicidio y las heridas y golpes involuntarios.

La segunda categoría, son los delitos *hudud*, es decir, los delitos que perjudican a los derechos de Dios, o al orden público islámico; se distinguen por las penas que les castigan, siendo penas determinadas, las cuales ni el juez ni otra autoridad podrán modificar, sea por aumento o atenuación.

¹ Loubna El Ouazzani Chahdi, *Derecho penal en al-Ándalus: teoría y practica*, Tesis doctoral bajo la dirección del profesor Pedro Andrés Porras Arboledas, Departamento de Historia del Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2003.

² Según L. Milliot, esta clasificación en tres categorías, señalada por Van de Berg, de los delitos corresponde a los tres periodos de la historia del derecho penal musulmán: la primera categoría representa lo que subsiste del derecho penal preislámico. Sabiendo que Mahoma no modificó profundamente el sistema represivo anterior, sólo se esforzó en humanizar la justicia privada, limitando la venganza privada, ilimitada en la época preislámica («Yahiliyya»), substituyéndola por el talión. Los delitos de la segunda categoría corresponden a las reformas realizadas por Mahoma en el Corán. La tercera y última categoría de delitos incluye los actos, primero que no han sido considerados en origen contrarios al orden público, pero que durante el desarrollo del Islam, han tomado un carácter peligroso para la sociedad islámica, L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit Musulman*, p. 579. Véase también Chafik Chehata, *Études de Droit Musulman*, Paris, 1971, pp. 15-31; J. Schacht, *Introduction au droit Musulman*, Paris, 1983, pp. 147-155.

Estos crímenes son de carácter grave puesto que perjudican a los intereses primordiales de la sociedad islámica establecidos conforme a las prescripciones del Corán y la sunna, de modo que el interés protegido es considerado como un derecho de Dios. La incriminación de los delitos que ofendan los derechos de Dios es un instrumento de protección de la sociedad islámica. Este interés protegido justifica el carácter severo de las penas que castigan estos delitos (*hudud*) y la competencia del juez respecto a la aplicación de dichas penas.

Según la mayoría de los juristas musulmanes, los delitos incluidos en esta categoría son siete:

El adulterio y la fornicación, la calumnia, el robo, la apostasía, el bandidaje, el consumo de vino y la rebelión.

Las penas previstas para estos delitos se caracterizan por su dureza, van de la flagelación, la prisión, el destierro a la lapidación o la crucifixión.

Hay que señalar que el punto común entre las dos primeras categorías es que son delitos previstos y regulados por el Corán y la Sunna.

Y por último, la tercera categoría que contiene los delitos *taazir*, que comprenden las faltas menos graves o leves cuya penalización es dejada al arbitrio del juez.

En esta categoría los juristas musulmanes incluyen tanto los delitos que no han sido previstos por la ley islámica, como los que sí lo han sido, como los delitos de la primera categoría *hudud* y de la segunda categoría *qisas* y *diyya*, cuando las condiciones requeridas para la aplicación de la pena correspondiente prevista por el Corán no se han reunido.

L. Milliot afirma que, teóricamente, los delitos incluidos en esta categoría son todo acto que perjudica al orden social por el perjuicio que ocasiona.³

Esta categoría es dejada a la libre apreciación del cadí quien tiene una libertad absoluta para imponer su criterio, eligiendo la pena a aplicar y determinando su cuantía. El objetivo educativo de esta pena exige que el juez tenga un poder discrecional amplio para infligir la pena conveniente según la gravedad del acto criminal cometido y en función de las circunstancias propias del delincuente.

La pena aplicada a este tipo de infracción se llama *taazir*, que significa: prevención individual, educación. Esta sanción engloba todas las penas y medidas de defensa social reconocidas por la política criminal moderna.⁴

Esta división tripartita es importante en tres puntos:

1º) Primero, respecto al perdón, los delitos «*hudud*», cuya pena está determinada en el Corán, por ser una ofensa contra los derechos de Dios, ni la víctima, ni el cadí, ni la autoridad, podrán otorgar el perdón al culpable.

³ Louis Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 1953, p. 578.

⁴ Según el Profesor Ahmad Fathi Sorour, la pena «*taazir*» engloba todas las penas y medidas de defensa social reconocida por la política criminal moderna; esta categoría es instituida por el legislador ordinario en el Estado islámico. El poder legislativo estaba confiado al *hakem* o al gobernador, quien reunía en los primeros tiempos del Islam todos los poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; no obstante el Estado islámico moderno ha consagrado la separación de los poderes, confiando así la función de «*taazir*» al poder legislativo únicamente, "Les orientations actuelles de la politique criminelle des pays arabes", *Archives de politique criminelle*, 2, Centre de Recherches de Politiques Criminelles, 1983, pp. 176-177.

En cambio, en los delitos «qisas» o «diya» la víctima puede aceptar una composición pecuniaria y renunciar a la aplicación de la pena al culpable, incluso puede renunciar al castigo y a la *diya*.

Mientras que en los delitos «taazir» el soberano puede otorgar el perdón y suprimir la pena, sin perjudicar a los derechos de la víctima, quien podrá renunciar sin perdonar al culpable.

2º) Respecto a la autoridad judicial, el cadí no dispone de ningún poder discrecional sobre los delitos hudud; una vez ha adquirido su convicción, debe aplicar la pena prevista, sin moderarla ni aumentarla ni modificarla. En cambio, en los delitos «taazir» su poder discrecional no está limitado.

3º) En cuanto a la prueba: la ley islámica ha previsto medios probatorios para establecer la prueba de los delitos hudud, que se imponen al juez de manera absoluta, es decir, no podrá aplicar la pena si las condiciones exigidas por la ley en cuanto a la prueba no se han reunido. Además, se aplicaba el hadit “evitad las penas *hudud* cuando hay dudas”, es decir, en la duda se debe proceder en favor del acusado, lo que equivale al principio «in dubio pro reo». Por lo tanto, el cadí debe interpretar todas las sospechas, dudas (*subha*) en favor del acusado.

Hay que señalar que en el derecho penal islámico impera un acentuado casuismo, de modo que no cabe esperar encontrarse con un tratamiento de esta ciencia a la manera de los derechos penales occidentales; dicho de otro modo, en el derecho musulmán no existe el equivalente a una parte general, donde se extraigan los principios fundamentales de este sector del derecho, sino que el tratamiento de penas y delitos se halla muy apegado a cada supuesto de hecho. Conceptos tales como la responsabilidad penal, las excusas absolutorias, la intencionalidad, la culpabilidad, la legítima defensa, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, etc., a pesar de su importancia, no reciben un tratamiento unitario, sino casuístico dentro de cada tipo de delito. Es más, cuando se realiza una abstracción en algún concepto sólo tiene un alcance particular, no generalizable.

En cierto modo, el escaso grado de abstracción al que se llegó en el derecho penal de los musulmanes recuerda al que presentaba el derecho punitivo de los fueros castellanos plenomedievales. La razón de esta escasa elaboración de los principios generales en el ámbito islámico debe buscarse en el peligro que representaba para los juristas innovadores el ser tachados de herejes, dado el íntimo maridaje existente entre derecho y Religión.

En consecuencia, los juristas musulmanes se preocuparon sólo de clasificar los actos lícitos o ilícitos, ya que el Corán había determinado los delitos y fijado sus penas, y la sunna había completado sus disposiciones. Sobre esta base los fundadores de las escuelas y sus discípulos no elaboraron una teoría general del derecho criminal (al no considerar el derecho penal con suficiente autonomía), sino que se contentaron con estudiar sucesivamente cada delito y la pena correspondiente, dejando las cuestiones de procedimiento al cadí, el cual en los casos inéditos o dudosos consultaba a los muftíes, los cuales, a su vez, sentaron jurisprudencia con sus dictámenes.

En cualquier caso, la razón del mencionado casuismo se debe más a motivos religiosos que metodológicos, que hay que buscar en la historia de la formación del derecho islámico y, precisamente, en el carácter confesional de la ley musulmana.

En efecto, la ley islámica es de origen divino, ya que el único legislador es Allah. De hecho, contrariamente a otros sistemas legales, esta ley divina posee dos características

distintivas. En primer lugar, es un sistema rígido e inmutable, que engloba normas de una validez absoluta y eterna, las cuales no son susceptibles de modificación por ninguna autoridad humana. En segundo lugar, para los musulmanes, los mandamientos del Corán y la sunna que componen esta ley, representan la regla de la uniformidad, de modo que la norma es un deber y una obligación religiosa, que de ninguna manera es posible cambiar o derogar.

Por lo tanto, es necesario interpretar la ley en toda la densidad de su sentido, que proviene no sólo de la fusión de los ámbitos mencionados, sino también de la misma palabra de Dios y de los dichos del Profeta, lo que hace de la tarea de la interpretación del texto sagrado una labor realmente dura, que exige un gran esfuerzo y ciertas condiciones en el intérprete.

En consecuencia, la ciencia del *tafsir* o interpretación del Corán jugó un papel importante tanto en la obtención de las reglas del derecho como en la conservación de los textos sagrados en toda su plenitud y pureza. Esta tarea requiere de personas cualificadas, cuya preparación les permita la correcta interpretación de los textos sagrados y la elaboración de normas adaptadas a las nuevas exigencias sociales y políticas. Estos intérpretes son los *muytahidin*, quienes mediante el procedimiento de concentrarse en el sentido del texto sagrado (el Corán y la sunna) extraen la norma para resolver cada caso concreto. El jurista-teólogo, el sabio, es habilitado por el Corán como apto para realizar esta tarea creativa e interpretativa, de modo que «sólo los sabios, entre sus siervos, temen a Dios» (XXXV, aleya 28).

Estos sabios son los únicos que, tras la muerte del Profeta —único intérprete del texto sagrado—, crearon el *iytiḥad*, interpretando el Corán, de acuerdo con la conducta observada en Aquél. Sus compañeros, los primeros califas, que le siguieron y le escucharon, serán los *muytahidin*, que mediante el *tafsir* o explicación de la ley divina crearon reglas jurídicas de valor similar al texto interpretado. En efecto, los califas desempeñaron un importante papel tras la muerte del Profeta, solucionando asuntos y creando normas antes no previstas, como el caso de la pena por beber vino: ésta había sido fijada en cuarenta azotes por Abu Bakr y, más tarde, en ochenta por Umar y Alí, por analogía con la pena prescrita para el delito de calumnia, de acuerdo con las previsiones del Corán, como antes se ha mencionado.

Tras los califas compañeros del Profeta, fueron los eruditos cualificados quienes se encargaron de esta tarea, pero el *iytiḥad* sólo tendrá fuerza coercitiva de ley, es decir, accederá al estadio de *iyma'*, cuando sea la opinión unánime de los *muytahidin*. Esto es, la sola opinión de uno de ellos, por muy respetable que se considere su ciencia y su persona, no es suficiente para adjudicarle el valor de norma general. Por lo tanto, la regla *iytiḥad* se transformará en norma de obligado cumplimiento al convertirse en *iyma'* por el consenso de los cuatro ritos ortodoxos o escuelas jurídicas.

Estos *muytahidin* van a ser los creadores de las escuelas de derecho que alcanzarán vigencia en todo el mundo musulmán; así, los imanes han ido creando las normas de la *saria'* resolviendo casos concretos, sobre todo, en materia penal, lo que explica también el casuismo de este derecho. No obstante, a partir del siglo III de la Hégira «se clausura la puerta del *iytiḥad*», es decir, terminó el período creativo del derecho musulmán, ya que, con la desaparición física de los cuatro imanes (Malik, Hanbal, Hanifa y Safi'í) y de sus discípulos más cualificados, desaparece toda posibilidad de creación jurídica,

manteniéndose el derecho dentro de los cauces de sus creadores. Que son las escuelas malikí, hanafí, safí y hanbalí.

Sucintamente, las principales características de cada escuela son:

A) La escuela malikí

Defensora del Corán y la sunna como fuentes primordiales, admite el uso del qiyas si con ello se llega a una solución que propicie el bien público, al igual que el consenso «iyma'a» de los alfaquíes de Medina sobre una cuestión determinada.

La escuela malikí se extendió por el norte de África y fue la escuela oficial en Al-Ándalus; su fundador fue el imán de Medina y cadí Malik Ibnu Anas (m. 179/795), que no era partidario del liberalismo de los juristas iraquíes, que compuso un libro llamado *Al Muwata'a*, en el cual se recoge la sunna y la práctica de Medina.

En esta escuela se admitía el principio de que la entera sari'a, ley canónica, estaba encaminada al bien de la comunidad.

Los Malikíes otorgan la prioridad a la hora de completar el Corán a la práctica y a las costumbres de Medina, ciudad del Profeta, y al consenso o acuerdo de los juristas de esta ciudad.

De hecho, la escuela malikí relega a un segundo plano el razonamiento, aunque admite, en algunos casos, la adaptación de una solución por medio del principio del «Istislah», es decir, teniendo en cuenta el interés general que garantiza el bien de la comunidad, principio similar a la práctica del «Istihsan», adoptado por la escuela hanafita.

En resumen, la escuela malikí es la encarnación de las prácticas jurídicas medinenses, sus partidarios son llamados «Ahl al hadith», es decir, la gente de las tradiciones.

B) La escuela hanafí

Heredera de una primitiva escuela de Kufa, la escuela hanafí nació en Iraq, conocida como la escuela más liberal, se caracteriza por admitir además del Corán y la sunna, «al qiyas»; para esta escuela partidaria del qiyas como fuente del derecho, las normas jurídicas pueden nacer de un esfuerzo de reflexión, por lo cual sus representantes son llamados «ahl al ra'y»⁵, es decir, la gente del razonamiento; se desarrolló en Siria, Iraq, Egipto y las regiones asiáticas musulmanas.

Su fundador Abu Hanifa (m. 150/767) es de origen persa y habitante de Kufa, llegó a alcanzar gran reputación de maestro: sus discípulos se agolpaban para escuchar sus lecciones, y sus respuestas sobre puntos de derecho tenían valor de decisión en la región.

La escuela hanafí tiene, en comparación con las otras, cierto sello de permisividad y libertad; en ella se admite junto al procedimiento de la analogía (qiyas) el recurso del «istihsan» o preferencia por medio de la cual pueden crearse normas jurídicas conforme a principios de equidad y oportunidad.

La escuela hanafí se afirmó en Iraq durante el gobierno de los abasíes, extendiéndose por Persia, Jurasán y tuvo seguidores en el Magreb y en Sicilia.

⁵ Respecto al término *ra'y*, se ha tenido hasta ahora cierta tendencia a identificarlo con la escuela hanafí y, por tanto, en contraposición a la escuela malikí; la noción del *ra'y* es representativa del margen de libertad que es permitido para buscar el espíritu de las fuentes básicas del fiqh, a fin de hallar soluciones a problemas novedosos.

El advenimiento del imperio otomano restituyó a la escuela el influjo temporalmente perdido con el ocaso de los abasíes.

C) La escuela safi'í

La tercera escuela, la safi'í, es la más ligada al uso del hadit y la sunna como bases del derecho, oponiéndose a las diversas formas de qiyas; su fundador, el imán Abu Abd Allah Muhammad ibnu Idris Al Safi'í (m. 204/820), era árabe quraisí y tuvo ocasión de conocer a Al Saybani, discípulo de Abu Hanifa; es un jurista eminente, su escuela representa una cierta tentativa de conciliación entre las discrepancias de los hanafíes y los malekíes; es la escuela moderada; su fundador realizó un esfuerzo de determinación exacta de la autoridad respectiva de las diferentes fuentes del derecho islámico, rechazando las tradiciones dudosas, criticando el recurso a las opiniones personales del «istihsan» y precisando las condiciones para la aplicación de la analogía.

En cuanto a la materia del consenso doctrinal «iyma'», Al Safi'í admitió el acuerdo de la comunidad musulmana entera. Además, Al Safi'í fue a la base de la jerarquía de las fuentes: Corán, sunna, iyma' y analogía. Bagdad y Al Fustat fueron los centros donde Al Safi'í desarrolló principalmente su actividad y ambas vieron multiplicarse a sus discípulos.

D) La escuela hanbalí

La última escuela es la hanbalí; fundada por Ahmad Ibn Hanbal, discípulo de Al Safi'í (muerto en Bagdad 241/855), fue rigorista, defensor de la tradición, su escuela corresponde a un movimiento integrista religioso: enemiga de cualquier innovación, apoyó a los alfaquíes safíes más extremistas en lo referente al uso exclusivo y prioritario del hadit como fuente jurídica.

Esta escuela admite como únicas fuentes del derecho, el Corán y la sunna, en cuanto al iyma', sólo se admite el acuerdo o el consenso de los compañeros del Profeta; la analogía no es admitida, salvo en casos de necesidad absoluta.

Ibn Hanbal elaboró por sí mismo un sistema de derecho que fue compilado por algunos de sus oyentes.

La libertad de interpretación y creación del derecho determina que, aun basándose en unos mismos principios jurídicos, existan entre las cuatro escuelas musulmanas varios puntos de discordia.

Hay que subrayar que las disposiciones legales que forman la jurisprudencia musulmana están reunidas y compiladas en cuatro obras reconocidas como ortodoxas, puesto que las bases principales, aprobadas por los cuatro autores de dichas obras, están conformes a las fuentes reveladas.

No obstante, aunque todas las escuelas están acordes sobre los fundamentos del derecho musulmán, existen diferencias entre ellas sobre detalles en la aplicación del derecho⁶.

Podemos ilustrar estos puntos de divergencia entre las escuelas citadas, exponiendo las discrepancias existentes entre ellas referentes a la materia penal⁷.

⁶ Henri de Waël, *Le droit musulman*, Paris, 1989, pp. 22-23.

⁷ Jesús Riosalido, *Compendio de Derecho Islámico*, Madrid, 1993, pp. 216-217; Abdel Kader Aoudat, *At-asri'i al ginai al islami*, 13 ed., Beyrut, 1994, pp. 443-445.

Las divergencias entre las cuatro escuelas en materia penal

1º) El asesinato de un *dimmi*⁸ cometido por un musulmán.

Las cuatro escuelas discrepan sobre si se debe aplicar la pena de muerte a un musulmán que mata a un *dimmi*; para las escuelas *safi'í* y *hanbalí*, el asesinato de un *dimmi* no entraña la pena de muerte para el musulmán asesino. En cambio, para la escuela *hanafí*, sí lo entraña, y para la escuela *malikí* (aplicada en Al-Andalus) también: Malik opina que el asesino será condenado a muerte no sólo por el asesinato de un *dimmi*, sino también por el asesinato de todo extranjero que se halle bajo la protección musulmana.

Esta discrepancia toma como base la condición de ser musulmán, que en derecho penal islámico constituye uno de los impedimentos principales para la aplicación del *talión*, es decir, que nunca se podrá aplicar el *talión* a un musulmán libre o esclavo que mató a un cristiano o judío.

2º) Todos los fundadores de las escuelas, Malik, *Safi'í*, Abu Hanifa e Ibn Hanbal, coinciden en señalar que la muerte o mutilación por autores múltiples entraña la ejecución de todos los agentes, salvo la escuela *hanbalí*, que mantiene el principio del *talión* estricto, o sea, la ejecución por cada asesinato.

3º) Según Malik, *Safi'í* e Ibn Hanbal, todos los mutiladores serán mutilados, mientras que Abu Hanifa dice que sólo se procedería a una mutilación por cada lesión perpetrada por los asaltantes.

4º) La forma del *talión*.

Según Malik, *Safi'í* y Hanbal, el *talión* se ejerce cualquiera que sea el modo en que el asesinato se haya cometido y de la misma forma en que se cometió éste, sin embargo, Abu Hanifa indica que no se puede, basándose en la ley del *talión*, ni ahogar, ni apalear, sino sólo ejecutar con la espada.

5º) El asesinato frustrado.

Según tres de los grandes imanes, el asesinato frustrado no da derecho a la aplicación del *talión*, sino sólo a pedir el precio de la sangre vertida o «*diya*».

Malik acepta el *talión* para todo tipo de agresiones, incluso, para los golpes.

6º) El homicidio cometido forzosamente.

Sobre este punto los imanes no son acordes; según Abu Hanifa, el que obliga a otro a asesinar a un tercero, será ejecutado; según Malik y Ibn Hanbal, sólo el autor material ha de ser ejecutado. Para al *Safi'í* el que obliga a matar ha de ser muerto a su vez y el obligado queda sometido a derecho de venganza si estima que con una sola muerte no basta a la justicia.

7º) Si un hombre ha sujetado a la víctima, mientras que otro la ha matado.

Según *Safi'í* y Abu Hanifa, siempre es cómplice del delito y está sometido a una pena correctiva («*adab*»).

Para Malik y Hanbal, sin embargo, a los dos se les aplica el *talión*, matizando el segundo que puede someterse al cómplice a reclusión perpetua.

⁸ Un *dimmi* es una persona no musulmana sometida al Islam bajo un contrato bilateral (*aman*) por el cual el Estado musulmán asegura al tributario su libertad, sus leyes, sus bienes y su religión; el tributario, a su vez, se obliga a pagar el tributo y a observar fidelidad a dicho Estado.

8º) La obligatoriedad del talión y su posible alternancia con la «diya» o precio de la sangre.

Sólo para Abu Hanifa el talión en caso de homicidio intencionado («amd») es obligatorio; Malik y los otros imanes permiten sustituirlo con la «diya» o precio de la sangre, a menos que los parientes de la víctima perdonen al homicida, en cuyo caso, no se debe nada.

9º) Los cuatro imanes permiten pagar la diya por los homicidios no intencionados, variando su estimación.

10º) Parricidio del padre contra el hijo.

Todas las escuelas son acordes en no aplicar el talión al padre; Malik presume que se ha cometido involuntariamente por exceso en la corrección, pero las otras escuelas no establecen tal presunción.

11º) Asesinato de varias personas a la vez.

Para Malik y Abu Hanifa se requiere la aplicación del talión por cada una de las víctimas; mientras Safi'í sólo exige el talión por la primera víctima y la «diya» por los restantes.

Ibn Hanbal, en cambio da a elegir a los ofendidos entre aplicar el talión o cobrar el precio de la sangre.

12º) El caso de muerte del culpable antes de dar satisfacción a los ofendidos.

Según Malik y Abu Hanifa, decaen todos los derechos de los parientes de la víctima, mientras Safi'í y Hanbal exigen a los sucesores del culpable el pago de la diya.

13º) El precio de la sangre que se basa en la intencionalidad como concepto general de derecho penal y por consiguiente en la culpa.

Según Malik, Safi'í y Hanbal, ha de pagarse inmediatamente; sin embargo, según Abu Hanifa, se puede pagar en tres años aplazados.

14º) Pago de la diya.

Según los tres imanes, lo mismo se paga por el homicidio («amd») intencionado que por el homicidio no intencionado y en las cantidades y calidades de camellos, mientras, Abu Hanifa, reduce estos pagos en caso de no intencionalidad de la muerte; según Abu Hanifa y Hanbal, se pueden aceptar monedas en vez de camellos y también según Safi'í, si en ello consienten las partes interesadas.

15º) Delito de violación.

La pena del delito de desfloración se deja a la apreciación de la justicia oficial; según Abu Hanifa, si se desflora a la esposa demasiado joven, el marido no es culpable de nada. Para Malik, ha de pagar la «diya», a pesar de ser cometido por el esposo, lo mismo que para Safi'í.

16º) El precio de sangre de no musulmanes.

Según Malik, el precio de la sangre de judíos o cristianos es la mitad del de un musulmán; para Safi'í es el tercio de un musulmán. Según Abu Hanifa y Hanbal, es lo mismo que un musulmán cuando se trata de un homicidio intencional, pero, si no lo es, sólo se pagará la mitad de la diya de un musulmán.

17º) El principio de la responsabilidad colectiva.

En el derecho penal islámico, el principio de la responsabilidad colectiva frente a la individual se reconoce por cuanto la diya puede correr a cargo de la tribu, de la corporación o del pueblo al que pertenezca el culpable.

Si se produce una muerte como consecuencia de la caída de un muro, Abu Hanifa declara que el propietario es responsable, si se le advirtió de que debía repararlo. En cambio, Malik y Hanbal opinan que sólo es responsable si se negó a repararlo o a derribarlo.

18º) El causante indirecto del aborto no es responsable, para Abu Hanifa, pero para Safi'í la tribu del causante, directa o indirectamente, ha de pagar la diya del feto, lo mismo opinan Ahmad y Malik. Si se golpea a una mujer en el vientre causándole el aborto, Abu Hanifa sólo obliga a pagar la diya por la madre, en cambio, Safi'í y Hanbal exigen doble diya, por la madre y por el feto.

19º) Aplicación del talión al delito de golpes y heridas.

La escuela malikí opina que cuando las heridas intencionadas no dan lugar a la aplicación del talión, el juez tendrá que infligir al culpable un castigo correccional, en cambio, las demás escuelas rehúsan esta solución por considerarla no prevista por ningún texto.

20º) Delito de aborto provocado por golpes.

La escuela malikí considera que se trata de delito de aborto provocado cuando el feto es un embrión en su primer estado o en su segundo estado, mientras que las tres otras escuelas estiman que el feto debe haber adquirido la forma humana.

21º) Delito de rebelión y bandolerismo.

El Islam sanciona con dureza el delito de rebelión («hiraba»), según Malik, los sublevados, los ladrones y los integrantes de bandas armadas deben ser muertos cuando la banda haya asesinado a alguien, aunque no sean los causantes directos del homicidio, también deben ser ejecutados si el asesinato ha tenido por móvil el robo. Sin embargo, si el ladrón o el bandolero es aprehendido y no tiene sobre su conciencia delito de sangre alguno y se arrepiente, puede beneficiarse del amán o perdón.

21º) Delito de apostasía.

El apóstata o «zindiq» ha de ser ejecutado, según Abu Hanifa, sin que haya que proponérsele ningún tipo de arrepentimiento, pero, si a pesar de todo se le propone, se le concederán dos días para reflexionar. Malik es partidario de ofrecerle siempre el arrepentimiento antes de ejecutarle; Safi'í es de esa opinión y, además, sin darle plazo alguno para arrepentirse.

En cuanto a Ibn Hanbal, duda, asimilándose a veces a la opinión de Malik y otras a la de Abu Hanifa. Según tres imanes, la mujer renegada es tan culpable como el hombre, pero Abu Hanifa no la condena a muerte como lo hacen los tres imanes, sino que se limita a recomendar su encarcelamiento.

En cuanto al menor renegado, Safi'í niega su responsabilidad así como Abu Hanifa y Ibn Hanbal, a menos que tenga discernimiento. Según Abu Hanifa, el país colectivamente apóstata se convierte en país enemigo, si:

- a) tiene leyes infieles en vigor
- b) no quedan en él musulmanes ni dimmíes
- c) puede ser invadido por otros infieles

Para los tres imanes, el país apóstata se convierte en enemigo sólo con que las leyes infieles estén en vigor en él; los niños apóstatas de un país apóstata deberán ser atraídos al islamismo y, si no aceptan, hechos esclavos, según Malik; para Safi'í y Hanbal son esclavos apenas aprehendidos.

22º) Delito de brujería.

La brujería está prohibida y castigada con la muerte, pero algunos discípulos de Abu Hanifa permiten su estudio para evitarla, además, Abu Hanifa condena a muerte al brujo si ha causado la muerte con sus sortilegios. En cuanto al arrepentimiento del brujo, sólo al Safi'í lo acepta, mientras los otros tres imanes no.

23º) Relaciones sexuales ilícitas y adulterio.

Según Malik y Abu Hanifa, el crimen sexual consistente en la cohabitación ilícita o en el adulterio, requiere, para ser perseguida, que el culpable sea musulmán; para Safi'í y Hanbal, basta que sea *dimmi*.

Tres de los grandes imanes opinan que el simple fornicador justiciable tiene como pena la flagelación y el exilio, si ambos eran libres, en cambio, Abu Hanifa, sólo impone la flagelación.

Por el contrario, si la cohabitación es ilícita, tres imanes declaran que los culpables han de ser flagelados y lapidados, a menos que fuesen infieles, en cuyo caso sólo se les aplicará la flagelación, sin embargo, Hanbal exige, en todos los casos, la flagelación y la lapidación.

Cuando se trata de cohabitación ilícita entre infieles o extranjeros, la pena de este caso es dejada al juez, según la opinión de Malik y Abu Hanifa, pero, según Safi'í y Hanbal, se les aplica la ley común musulmana, es decir, la lapidación.

Según Malik, Safi'í y Hanbal, si se cohabita con persona loca, se infligirá la pena al culpable que esté en su sano juicio, y según Abu Hanifa, sólo el varón que resulte cuerdo. La cohabitación involuntaria no engendra responsabilidad para el varón según los tres imanes, mientras que Abu Hanifa, opina que sí.

Tres de los grandes imanes condenan a muerte al sodomita, mientras, Abu Hanifa le da la oportunidad de una primera pena correccional antes de reincidir, en cuyo caso es condenado también a muerte.

La pena, como en el caso de los adúlteros, se aplica por lapidación. Safi'í excluye de la pena de muerte por lapidación a los individuos impúberes, a los que no considera justiciables, y sólo les impone el castigo de la flagelación.

En cuanto al bestialismo, para tres imanes este delito conlleva una pena correccional; sin embargo, Safi'í condena a los que practiquen este vicio con la muerte, aunque sean impúberes. Según Malik, la bestia no será matada, pero Abu Hanifa y Safi'í dicen que debe ser sacrificada, si se puede comer su carne, y Hanbal lo mismo, aunque su carne no sea comestible.

24º) Delito de difamación e injuria.

La pena de este delito es de veinticinco latigazos; si se difama a varias personas a la vez, sólo se debe imponer un castigo, según Malik y Abu Hanifa, pero, Safi'í opina que se debe recibir un castigo por cada persona difamada.

Hanbal opina que se debe decretar un castigo por cada palabra difamatoria (o frase o expresión).

En cuanto a la insinuación imprecisa («*ta'rid*»), es punible, según Malik y según Safi'í, si hubo intención de difamar, pero no lo es según Abu Hanifa, mientras Hanbal duda entre castigarla siempre o seguir la doctrina de Safi'í.

Los derechos del difamado y de los suyos son de institución divina y no pueden ser renunciados, pasando a sus herederos, según Abu Hanifa. Sin embargo, Safi'í y Hanbal los

consideran derechos de los hombres, que se pueden perdonar, pero especificando que, una vez denunciada la injuria a la autoridad, ya no es perdonable.

25º) Delito de robo.

Mientras Malik y Hanbal mantienen el valor de lo robado en un cuarto de dinar o en tres dirhams para que se aplique la amputación, Safi'í lo limita al cuarto de dinar o valor equivalente y Abu Hanifa lo incrementa hasta un dinar o doce dirhams.

Si se roban objetos que se deterioran, o frutos, tres de los grandes imanes exigen la mutilación si su valor equivale al legal que impone dicha pena. Abu Hanifa, por el contrario, exime en todo caso de mutilación por este tipo de robo; tres imanes son acordes en que el ladrón pague el valor de los frutos robados pendientes del árbol y Hanbal le impone pagar el doble del valor.

En cuanto a los cómplices de delito de robo, según Malik, deben sufrir la mutilación, si su participación era necesaria para realizar el robo; Abu Hanifa y Safi'í opinan lo contrario.

Abu Hanifa tiende siempre a tratar de no aplicar la mutilación a los cómplices, al contrario de los otros imanes que la imponen si el objeto robado estaba guardado («hirz»)⁹.

Si el ofendido acepta una indemnización por el perjuicio causado, no se aplicará la mutilación al culpable, según Abu Hanifa; sin embargo, Malik opina lo contrario, mientras, Saf'i y Hanbal acumulan sobre el ladrón ambas penas.

Tratándose el robo entre esposos o entre parientes, para Abu Hanifa no conlleva la mutilación, pero sí para Malik si el bien robado estaba en el «hirz» del otro esposo, aunque nunca en la casa común. Hanbal y Safi'í dudan y tienen sentencias contradictorias, el robo del hijo a sus padres es sólo castigado con la mutilación por Malik.

Finalmente, el robo de un musulmán a un infiel extranjero no será sancionado con la mutilación, según Abu Hanifa, y sí lo será, según los otros grandes imanes, si el ofendido es un dimmí o protegido.

A la inversa, el robo de un infiel a un musulmán tampoco sufrirá mutilación, según Abu Hanifa, mientras, Malik y Hanbal opinan lo contrario.

En cuanto a Safi'í, duda y da soluciones contradictorias.

26º) La expiación religiosa en los delitos de homicidio.

La escuela Safi'í opina que tanto el culpable de homicidio intencionado como el culpable de homicidio involuntario están sujetos a la obligación de la expiación religiosa de manumitir un esclavo o ayunar dos meses, al contrario, la escuela malikí excluye esta obligación de los homicidios intencionados.

Mientras que las escuelas hanafí y hanbalí no reconocen esta obligación y opinan que una vez que el culpable haya cumplido la reparación del crimen que cometió, no se le debe nada, a menos que sea reconocido por el imán como ladrón.

Hay que señalar que las cuatro escuelas, a pesar de las divergencias que existen entre ellas, han desempeñado un papel importante en la elaboración de un sistema jurídico islámico, puesto que es la doctrina la que determinó la significación exacta del texto del Corán y las normas contenidas en él, aclarando algunos textos y determinando entre dos textos contradictorios cuál es el texto que va a prevalecer, atribuyendo a algunas disposiciones el valor de una simple exhortación moral y a otras el carácter de obligatoriedad.

⁹ Lugar para guardar, especialmente protegido.

Tras la muerte de los cuatro imanes fundadores de estas cuatro escuelas «se cerró la puerta del *iytiḥad*», lo que hizo que este derecho de interpretación de las normas coránicas fuera reemplazado por el deber de *taqlid* o imitación. A partir de ese momento cada jurista era un imitador (*muqallid*), obligado a continuar la doctrina establecida por sus predecesores. Como recuerda N. Coulson, el exagerado respeto por la personalidad de los juristas anteriores produjo la creencia de que el trabajo había sido realizado exhaustivamente por eruditos de una habilidad incomparable, dejando modelada la *saria*’ de un modo definitivo y perfecto.¹⁰

A partir, pues, del siglo X el papel de los juristas fue el de comentaristas de los trabajos de los maestros anteriores, como Malik o al Safi’í, demostrando un apego servil, no sólo en la sustancia sino también en la forma y en el orden de la doctrina, tal como había quedado registrada en los escritos fundacionales; derrocharon sus energías en una erudición que, en ocasiones, alcanzaba un alto grado de casuismo. De hecho, las actividades jurídicas se vieron en adelante limitadas a la elaboración y análisis de las normas establecidas, siguiendo el método casuístico habitual en el derecho penal.

¹⁰ N. Coulson, *Historia del Derecho Islámico*, trad. De M. Eugenia Eyra, Barcelona, 1998, p. 91.